



Pour une définition inclusive des entreprises de l'économie sociale et solidaire : la lucrativité limitée

De grandes ambitions européennes ont été affichées ces dernières années, préalablement et consécutivement à la crise de la Covid. Parmi celles-ci, la mise en place d'un plan d'action pour l'économie sociale et solidaire (ESS). Le rôle de l'ESS comme son changement d'échelle indispensable à la construction d'un projet européen rénové ne trouveront une réalité que par l'adoption d'une définition européenne des entreprises de l'ESS.

C'est l'objet de cette note, qui propose des moyens concrets d'y parvenir.

1) Un besoin et une opportunité pour une définition européenne des entreprises de l'ESS

Un plan d'action européen ambitieux en faveur de l'ESS ne peut éviter de se doter d'une définition inclusive des entreprises de l'économie sociale et solidaire.

La définition implicite actuelle, utilisée dans le cadre du Fonds social européen (FSE+), est limitative¹: elle ne concerne que les entreprises sociales au sens strict du terme, excluant de fait des acteurs nationaux de l'ESS, telles que les mutuelles, associations, fondations et coopératives intégrées dans la sphère économique marchande et concurrentielle. Il est à noter également qu'une telle définition passe sous silence l'éventuelle plus-value enregistrée par les investisseurs dans les entreprises sociales au moment de la revente de leurs titres de capital ou parts sociales. Le manque de définition inclusive au niveau européen affecte donc la cohérence entre les politiques européennes et nationales. Une telle définition inclusive viendrait ainsi renforcer la visibilité de l'ESS, réduire la variété des terminologies, faire converger les

1 La définition la plus récente figure dans le règlement du FSE+. Elle est héritée de l'Initiative pour l'Entrepreneuriat Sociale et impose notamment que l'entreprise s'engage dans une activité continue de production ou d'échange de biens ou services. Une entreprise sociale est « une entreprise, quelle que soit sa forme juridique, ou une personne physique qui: a) a pour objectif social principal, en vertu de ses statuts ou de tout autre document constitutif de l'entreprise pouvant entraîner une responsabilité en vertu de la réglementation de l'État membre où elle est établie, de produire des effets sociaux positifs et mesurables, plutôt que de générer du profit à d'autres fins, et qui fournit des services ou des biens qui génèrent un bénéfice social et/ou utilise des méthodes de production de biens ou de services qui sont la matérialisation des objectifs sociaux; b) utilise ses bénéfices en premier lieu pour atteindre son objectif social principal et a des procédures et des règles prédéfinies couvrant toute distribution de bénéfices, qui garantissent qu'une telle distribution ne dessert pas son objectif social principal; c) est gérée dans un esprit d'entreprise, de manière responsable et transparente, notamment en associant ses travailleurs, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités économiques. »

statistiques nationales et surtout accroître l'efficacité des politiques européennes économiques et sociales.

Cette définition devra, entre autres, préciser la façon dont les excédents des entreprises de l'ESS doivent être réinternalisés ou réinvestis. Le concept de lucrativité limitée y répond de manière idoine. Il définit le niveau de profitabilité de façon qualitative et l'usage des profits. Il est souple, inclusif, compatible avec les définitions nationales des différentes formes d'entreprises en respect du principe de subsidiarité, et évite une définition fondée sur les seuls statuts.

L'introduction du concept de lucrativité limitée permettrait de refléter plus précisément la réalité et la diversité des entreprises en Europe. Cette nouvelle interprétation juridique de la notion de lucrativité limitée permettra ainsi une meilleure reconnaissance des spécificités et des apports des entreprises de l'ESS. Elle vient reconnaître l'existence de fait d'une troisième voie. Son champ est inclusif et permet de couvrir toutes les structures de l'ESS, contrairement à une définition reposant sur le « non lucratif », qui exclut par définition les mutuelles, associations, fondations et coopératives qui évoluent dans la sphère de services et de biens marchandisés. En affirmant la distinction entre la lucrativité d'une entreprise et son activité économique de nature commerciale, cela permet par ailleurs d'éviter les confusions auxquelles les acteurs associatifs craignent souvent d'être confrontés.

Il convient en outre de noter que la reconnaissance du concept de lucrativité limitée permet des effets de bord positifs auprès d'autres types de structures à vocation solidaire, telles que les acteurs paritaires de la protection sociale.

La définition des entreprises de l'ESS devrait s'appuyer essentiellement sur trois critères : l'objectif social, solidaire ou d'utilité général poursuivi, la réinternalisation des excédents et la gouvernance participative ou démocratique. Le concept de lucrativité limitée peut être utilisé pour le 2^{ème} critère.

Proposition de définition de la lucrativité limitée²:

L'entreprise à lucrativité limitée peut réaliser un bénéfice, mais ne le partage pas sous forme de gain ajoutant à la fortune de ses membres.

Elle désigne l'ensemble des entreprises qui sont susceptibles de réaliser des excédents, mais qui n'ont pas pour but - statutairement ou réglementairement - de distribuer ces excédents à leurs membres, car la finalité de ces entreprises est la solidarité envers ses membres ou l'intérêt général.

Cette proposition s'appuie sur la définition proposée par le Conseil Economique et Social Européen³. La précision « gain ajoutant à la fortune de ses membres » permet d'intégrer la possibilité de redistribution des excédents aux membres sous forme de prestations supplémentaires ou de moindre cotisations, pratique normale et courante des entreprises de l'ESS, par exemple sous forme de ristourne coopérative.

² Voir Laëtizia Driguez qui a introduit le concept de lucrativité limitée dans « Driguez, L. (2017). Le but non-lucratif en droit de l'Union européenne. *MGEN/Alternatives économiques* »

³ <https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/vers-un-cadre-juridique-europeen-adapte-pour-les-entreprises-de-leconomie-sociale-avis-dinitiative>

A noter qu'une définition précise et inclusive des entreprises de l'ESS n'impose pas aux Etats-membres d'avoir la même définition, mais facilitera la convergence. Elle n'empêche pas non plus de maintenir des définitions plus limitatives pour certaines politiques européennes si besoin en est.

2) La lucrativité limitée pour répondre à de nombreuses défaillances de marché

L'entreprise à lucrativité limitée est handicapée par de nombreuses défaillances de marché, la principale étant l'incapacité à lever des fonds propres sur les marchés financiers. Les raisons de ces difficultés sont nombreuses et ont des causes diverses : par exemple, la taille souvent petite des entreprises de l'ESS, la non-cotation de leurs titres, leur faible rémunération du capital qui amoindrit leur attractivité auprès des investisseurs « classiques », ou encore les obstacles à l'accès au crédit et le coût de ces crédits. Ces difficultés freinent le développement des entreprises de l'ESS au sein de l'Union européenne et donc leur capacité de mener à bien leur objectif social.

Le paradoxe devient ainsi le suivant : une entreprise au service du bien commun et des intérêts des citoyens européens subit une distorsion de concurrence dans sa capacité à se financer, sans pouvoir par ailleurs faire appel à des financements publics compensatoires du fait du droit européen de la concurrence, et notamment du régime des aides d'Etat.

Dans de nombreux Etats membres, ces difficultés sont renforcées par le retrait progressif de la puissance publique qui fragilise davantage l'attractivité des entreprises de l'ESS. Selon une étude menée par le European Center Social Finance pour la Commission européenne, publiée en 2020⁴, le déficit total de financement des entreprises de l'ESS en Europe se situe entre 514 millions et 1,388 milliards d'euros par an.

3) Nos propositions

Outre les actions concrètes et les objectifs que contiendra le plan d'action européen, il apparaît important de pérenniser de façon structurelle la prise en compte de l'ESS et sa façon particulière d'entreprendre, mais aussi de permettre aux entreprises qui le souhaitent de choisir une forme d'entreprendre particulière, à savoir l'entreprise à lucrativité limitée. Diverses approches peuvent être suivies à cet effet :

- i. *Approche politique.* Elle consisterait à définir dans le plan d'action les caractéristiques des entreprises de l'ESS, notamment leur lucrativité limitée, mais également à identifier les défaillances de marché qu'elles subissent ainsi que les contraintes occasionnées par l'insuffisante reconnaissance juridique de ces entreprises dans le cadre législatif actuel de l'UE. Cette identification assurerait une reconnaissance politique des apports de l'ESS et de ses spécificités, insuffisamment prises en compte dans la législation européenne actuelle. Elle permettrait ainsi de poser les bases politiques pour adapter à terme certaines politiques européennes telles que le droit d'établissement, le droit de la concurrence et les aides d'état, les marchés publics, les services sociaux ou économiques d'intérêt général ou la fiscalité.
- ii. *Approche juridique.* Le principe de neutralité du droit européen vis-à-vis des formes d'organisation des entreprises a conduit en réalité à ce que le modèle d'entreprise considérée dans toute la législation européenne soit l'entreprise à but lucratif. Les

⁴ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8285&furtherPubs=yes>

contraintes qui pèsent sur les entreprises de l'ESS sont donc en large partie ignorées. Une reconnaissance juridique, plus ambitieuse que l'approche uniquement politique, consisterait à inclure directement dans le plan d'action différentes mesures d'adaptation juridique. Cela permettrait de mieux assurer et plus rapidement un «level playing field» équitable avec les entreprises à but lucratif. Nos propositions sont décrites ci-après.

Différentes mesures d'adaptation juridique pourraient être annoncées dans le plan d'action⁵.

a) Droit d'établissement. Pour pallier la difficulté actuelle des entreprises de l'ESS à s'établir dans les pays-membres qui ne reconnaissent pas leur propre statut légal, une Communication sur l'applicabilité de l'Art 54 TFUE viserait à éviter toute restriction au droit d'établissement des entreprises de l'ESS dans l'UE. Pour cela, les entreprises à lucrativité limitée seraient considérées comme une catégorie particulière d'entreprise à but lucratif (« les sociétés de droit civil ou commercial » dans la terminologie de l'Art 54). Cette interprétation de l'Art 54 n'est pas incompatible avec l'esprit du Traité puisque ce dernier mentionne explicitement les sociétés coopératives dans la catégorie des « sociétés de droit civil ou commercial ».

b) Aides d'Etat. Les entreprises de l'ESS sont soumises à l'article 107 TFUE sur les aides accordées par les Etats membres du fait de leur qualification d'entreprise au sens du droit européen. Selon le droit de la concurrence, toute entité exerçant une activité économique est en effet considérée comme une entreprise, et ce quel que soit son statut juridique ou son mode de financement⁶. Par exemple, le règlement général d'exemptions par catégories (RGEC)⁷ ne reconnaît pas en tant que telles les entreprises de l'ESS de taille moyenne qui sont par défaut soumises au régime des PME classiques pour la détermination des conditions d'exemption. Ainsi, ces entreprises de l'ESS souhaitant bénéficier d'aides doivent encore à ce jour respecter les critères de l'article 21 du RGEC en vertu duquel les aides dont les entreprises de l'ESS peuvent bénéficier du fait de leur rattachement au statut de PME sont limitées (i) aux entreprises de moins de 7 ans d'ancienneté et (ii) à un montant total de 15 M€.

Cette assimilation des entreprises de l'ESS aux entreprises à but lucratif au sens européen ne permet donc pas de répondre de manière satisfaisante à leurs spécificités (finalité principale, lucrativité limitée, gouvernance...), ni à leurs difficultés structurelles d'accès aux financements. Une reconnaissance juridique des entreprises de l'ESS dans le cadre du RGEC ou d'autres véhicules juridiques, permettrait ainsi de définir des critères adaptés permettant de répondre de manière ciblée aux enjeux de développement de l'économie sociale en Europe.

c) Accords de coopération. La coopération ou la mise en commun de moyens est fréquente dans l'ESS. La Commission a reconnu les gains d'efficacité qui en résultent dans sa Communication⁸ sur les accords de coopération sans, malgré tout, expliciter le cas des entreprises de l'ESS. Une révision de cette Communication permettrait de préciser les gains d'efficacité spécifiques des entreprises de l'ESS, à savoir des gains sociaux et

⁵ Voir notamment Laëtitia Driguez «Le but non lucratif en droit de l'Union européenne », Université Paris-I Panthéon-Sorbonne, août 2017

⁶ Jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'arrêt *Höfner et Elser contre Macrotron*, affaire C-41/90, 23 avril 1991.

⁷ Le RGEC a pour objet de permettre aux gouvernements de l'Union européenne (UE) d'attribuer des financements publics plus importants à un plus large éventail d'entreprises, sans devoir au préalable en demander la permission à la Commission

⁸ COM(2016) 262 « Lignes directrices sur l'applicabilité de l'Article 101 du TFUE aux accords de coopération »

environnementaux (résilience, prestations de services sociaux que les entreprises à but lucratif ne peuvent prêter faute d'un rendement suffisant⁹, conditions d'emploi, impacts territoriaux, impacts environnementaux, etc). La notion de lucrativité limitée y jouerait un rôle central puisqu'elle permettrait de justifier la compatibilité avec le marché intérieur des accords de coopérations.

d) *Services sociaux d'intérêt général (SSIG)*. La Commission a défini en 2006 les services qui pouvaient être exclus de la Directive Services et en particulier les établissements de santé et moins précisément les autres services sociaux, soit caritatifs, soit reconnus d'intérêt général par mandatement. Ce périmètre incertain des SSIG a permis à des opérateurs lucratifs, souvent de grands groupes, de faire exclure du champ des SSIG les services concurrentiels qu'ils prestaient et ainsi de venir concurrencer des entreprises de l'ESS incapables de faire face à cette concurrence compte tenu de leur lucrativité limitée. Une révision des SSIG est donc souhaitable. Elle devrait s'attacher à mieux définir le périmètre des SSIG en introduisant de nouvelles exigences, notamment la prise en compte de l'intérêt de leurs bénéficiaires ou l'ancrage territorial, mais aussi la lucrativité limitée.

Remarque finale : L'ensemble des propositions juridiques faites ne nécessitent pas l'unanimité au Conseil (contrairement à une approche visant à définir des statuts européens). Elles conduiraient à un rapprochement des législations nationales, tout en laissant suffisamment de marges de manœuvre aux Etats membres pour conserver leurs spécificités quant à l'ESS. Elles évitent en particulier une approche législative qui conduirait à une uniformisation totale (par exemple un règlement visant à définir les entreprises de l'ESS ou une labellisation européenne).

⁹ Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil du 9/9/2020 - Rapport de prospective stratégique – Tracer la voie vers une Europe plus résiliente – pages 10 et 11 : « Les organisations collaboratives et celles à but non lucratif renforcent leur résilience sociale et économique. Les coopératives, les sociétés mutuelles, les associations à but non lucratif, les fondations et les entreprises sociales ont aidé les services publics à faire face à la crise. Elles ont fait la preuve de leur capacité à offrir un large éventail de produits et de services sur le marché unique dans des circonstances où les sociétés à but lucratif n'auraient pas été capables de générer des rendements de capitaux adéquats, ce qui leur a permis de créer et de préserver des millions d'emplois. Elles sont aussi un moteur essentiel de l'innovation sociale. »